

AFECTACIÓN DE LA FÓRMULA “NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE” POR DOS FALLOS QUE POSTULAN LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

por *Emanuel Rives*¹

ABSTRACT

Este trabajo se ocupa de analizar dos fallos judiciales que postularon la imprescriptibilidad de los llamados delitos de corrupción. En ellos, paradójicamente, al pretenderse defender la institucionalidad y la democracia se desconocieron instituciones básicas que están en nuestra ley suprema desde el siglo XIX y que se remontan más atrás en la historia, como lo es el principio de legalidad destinado a preservar la libertad y los derechos fundamentales de la persona. Para sostener la imprescriptibilidad, las sentencias examinadas quebrantaron la regla de prohibición de analogía *in malam partem*; inobservaron y aplicaron erróneamente convenciones internacionales y leyes atingentes; interpretaron en forma incoherente la ley penal; utilizaron de manera laxa precedentes jurisprudenciales; e incurrieron en falacias lógicas en sus razonamientos.

Palabras claves:

Delitos, corrupción, imprescriptibilidad, principio, legalidad.

Breach of the formula “nullum crimen nulla poena sine praevia lege” by two judicial resolutions which postulate the non applicability of statutory limitations to corruption crimes

Abstract: this work analyzes two judicial decisions which postulated the non applicability of statutory limitations to corruption crimes. Paradoxically, whereas these resolutions pretended to defend institutionality and democracy, they left aside basic institutions that exist in our supreme law since the nineteenth century and even

¹ Abogado especialista en Derecho Penal (UNLP).

before in the history, such as the legality principle which was created to preserve the liberty and fundamentals human rights. In order to support non applicability of statutory limitations, the decisions broke the rule which prohibit the analogy *in malam partem*; they did not observe or wrongly applied international conventions and pertinent rules; they incoherently interpretated the criminal law; they used in an inadequate manner judicial precedents and they incurred in logical fallacious reasoning.

Keywords: crimes, corruption, imprescriptibility, principle, legality.

I. Introducción

Me propongo analizar dos fallos en los que se decidió, con argumentos jurídicos criticables que afectan el principio de legalidad, declarar la imprescriptibilidad de las acciones penales que nacen de delitos de corrupción. Se trata del pronunciamiento de la Cámara Federal de La Plata, Sala II, del 6 de octubre de 2016 en expediente N° FLP 3290/2005 caratulado "M.D.M. y otros s/ 296 en función 292, 172, 54 y 55 CP" y de la resolución de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, del 29 de agosto de 2018 en causa CFP 12099/1988/TO1/12/CFC8 caratulada "Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/recurso de casación".

En el primero de los casos, se investigan presuntos hechos delictivos cometidos en el marco de la sustanciación de acciones de amparo contra el Estado nacional iniciadas a comienzos de este siglo con el objeto de obtener la devolución del dinero atrapado por el llamado "corralito financiero" y que tramitaron en el Juzgado Federal n° 4 de La Plata. La maniobra supuso la presunta participación de abogados, un médico y funcionarios judiciales. Varias denuncias dieron cuenta del privilegiado tratamiento que se le otorgó a ciertos expedientes en los que los ahorristas obtuvieron con una celeridad inusual la devolución de sumas de dinero. En esas actuaciones se habrían acompañado certificados médicos falsos en los que se adujo dolencias inexistentes con el fin de lograr un trámite de excepción. Los abogados intervinientes habrían cobrado de sus clientes importantes porcentajes de honorarios que habrían de repartir con el Juez actuante. Narra la primera denunciante que el letrado, al que había llegado por derivación de un funcionario bancario, le hizo firmar varias hojas en blanco. Del fallo surge que se interponían varias demandas de amparo en simultáneo y cuando quedaba radicada una de ellas en el Juzgado cuestionado, se desistía de las restantes, de este modo se elegía el órgano jurisdiccional.

En el segundo de los casos se imputa un desfalco en perjuicio del Estado nacional de decenas de millones de dólares en ocasión del proceso de informatización de la entonces D.G.I. en el que habrían estado implicados ejecutivos de la empresa multinacional I.B.M junto con funcionarios del gobierno argentino.

Ambos fallos tienen como denominador común haber utilizado el art. 36 Constitución Nacional (en adelante CN) para cimentar la aludida imprescriptibilidad.

El primero de los pronunciamientos recibió críticas [Carrió, 2017; 24 a 34 y Menvielle, 2017: 47 a 53], por un lado, y aprobaciones, por el otro [Gil Domínguez, 2016: 77 a 86].

El segundo renueva la polémica sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción y brinda la oportunidad para agregar unas palabras más sobre el tema.

II. El fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala IV

1. Lo planteado y lo decidido

La causa llegó a la Sala IV de esa Cámara por recursos de apelación interpuestos por los imputados contra la citación a indagatoria y contra el rechazo de la excepción de prescripción.

El órgano jurisdiccional por mayoría de los Dres. Leopoldo H. Schiffrin y Olga A. Calitri declaró la imprescriptibilidad de los delitos que implican actos de corrupción (art. 36 CN) y por unanimidad, conformada junto al Dr. César Álvarez, rechazó los recursos y dispuso que el Juzgado de origen cumpliera con el llamado a indagatoria teniendo en cuenta la posición del Fiscal General ante esa Cámara.

2. Voto del Dr. Schiffrin

El magistrado en el punto I. de su voto expuso a modo de antecedente la decisión atacada y los recursos interpuestos que motivaron la intervención de la Cámara.

En el punto II., hizo una reseña fáctica de los hechos investigados y del trámite de la causa.

En el punto III., describió la intervención del Fiscal General y su dictamen en el cual dicho funcionario: no coincidió con el Fiscal de Instrucción ni con las defensas acerca de la prescripción porque “se ha soslayado la investigación con parcelamientos de conductas que... propician la impunidad”; dio cuenta de la existencia de sumarios contra el Fiscal de Grado y propició un nuevo sumario por esta causa; resaltó la responsabilidad del entonces magistrado a cargo del Juzgado Federal en que tramitaron los amparos; y calificó los hechos en los términos del art. 257 CP para el Juez y en el art. 258 CP para el resto de los imputados.

En el punto IV. y V., se ocupó extensamente de aspectos históricos acerca de la corrupción, la imprescriptibilidad, el legado bíblico y el de Roma.

En el punto VI., se expidió sobre la situación actual de la materia tratada.

En el punto VII., realizó la hermenéutica del art. 36 CN.

En el punto VIII., trató la recepción en el campo de la ley ordinaria de los “delitos constitucionales que nos ocupan”.

En el punto IX., se abocó al modo de resolución del caso concreto.

2.1. Observaciones al voto del Dr. Schiffrin

Me ocuparé de los puntos VI. a VIII. de este voto.

a. El punto VI. del voto titulado “La situación actual de la materia tratada”

El Juez aludió a la Convención Interamericana contra la Corrupción² (Caracas 1996), aprobada por ley 24.759 (B.O. 17-1-1997), y a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³ (Nueva York 2003), aprobada por ley 26.097 (B.O. 9-6-2006), ambas sin rango constitucional.

Mencionó que entre las inquietudes y búsquedas para crear mecanismos eficaces para combatir la corrupción se encuentra la imprescriptibilidad. Con el apoyo doctrinario de Andrés Gil Domínguez, expuso que varios proyectos de ley dan testimonio del mecanismo de la imprescriptibilidad y que constituciones como las de Ecuador, Bolivia y Venezuela lo contemplan. Se refirió a autores que entienden que los delitos de corrupción son delitos de lesa humanidad y por ende imprescriptibles, postura a la que no adhirió. Trajo a colación la opinión de Natalia A. Volosin que está en contra de la posición de aquellos doctrinarios aunque es partidaria de la imprescriptibilidad por otros motivos y de *lege ferenda*. Al culminar el punto VI., el Juez afirmó que se ve tentado a sostener la existencia de un sistema regional de persecución e imprescriptibilidad entre los países suscriptores de la aludidas convenciones con sustento en el enunciado *aut dedere aut iudicare*, más expresó que “explorar este dificultoso campo equivaldría, en mi sentir, a buscar remedios para la sed cuando se está frente a una fuente, que no es otra que la Constitución, en su artículo 36...”.

a.i. Desconsideración de las normas convencionales que regulan la prescripción de delitos de corrupción

La inevitable crítica que se le debe formular a lo expuesto en el punto VI. es que el magistrado no analiza las concretas normas sobre prescripción contenidas en ambas convenciones contra la corrupción que él mismo cita (arts. 29 CCC y XIX CICC) cuya lectura no aporta ningún fundamento para sustentar la imprescriptibilidad de la acción penal. Por el contrario, de ellas emerge que se trata de acciones prescriptibles.

El art. 29 CCC estipula que cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, un plazo amplio de prescripción y preverá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia. De ningún segmento de esta norma puede extraerse la imprescriptibilidad sino todo lo contrario.

Por su parte, el art. XIX CICC sobre “Aplicación en el tiempo” consagra en su primera oración que el hecho de que el acto de corrupción sea anterior a la entrada en vigencia de esa convención no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. Y en su segunda oración, expresa que la aplicación de esa disposición en ningún caso interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a delitos anteriores a la fecha de entrada en vigor de dicha

² En adelante CICC

³ En adelante CCC

convención. Ahora bien, nada de este artículo, que habla periféricamente de la prescripción, esto es, de su no interrupción en el supuesto contemplado, autoriza a predicar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Es más, el concepto de "interrupción" de la prescripción que podría regir en casos de cooperación procesal penal internacional respecto de actos ilícitos posteriores a la entrada en vigencia de la convención (lectura a *contrario sensu* de la norma) sólo es coherente con acciones penales sujetas a la prescripción. Es decir, la idea de interrupción es lógicamente incompatible con la de imprescriptibilidad.

A las convenciones hasta ahora citadas merece agregarse otras que el magistrado omite y que están estrechamente ligadas a actos de corrupción. En primer lugar, la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Internacionales (París 1997), aprobada por ley 25.319 (B.O. 18-10-2000), cuyo art. 6 regula que las normas sobre prescripción aplicables a los delitos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros permitirán un plazo adecuado para la investigación y enjuiciamiento de este delito. Esta convención, por lo tanto, habla de "plazo adecuado" y no de imprescriptibilidad. En segundo lugar, se encuentra la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional aprobada por ley 25.362 (B.O. 30-8-2002) en cuyo art. 8 los Estados parte se obligan a penalizar la corrupción y en su art. 11.5. regula que se establecerá "cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia." En definitiva, no prevé la imprescriptibilidad para los delitos de corrupción.

Por lo tanto, la tentación de Schiffrin de ver un sistema regional de imprescriptibilidad entre los países suscriptores de los pactos va en contra de la letra del plexo de convenciones que nuclea a los Estados Parte. A su turno, el principio *aut dedere aut iudicare* no brinda ningún argumento a favor de la imprescriptibilidad pues la obligación de extraditar o juzgar que dimana de esa fórmula latina requerirá como paso preliminar para su cumplimiento analizar, en el caso concreto, si está vigente la acción penal del delito de corrupción de que se trate previsto en esas convenciones. Análisis que es previo a la extradición o juzgamiento de cualquier ilícito penal, con excepción de los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad⁴ y los previstos en el primer y tercer párrafo del art. 36 CN. Siendo que, por lo demás, para el Dr. Schiffrin los delitos de corrupción -como se vio- no son delitos de lesa humanidad. Por consiguiente, el principio *aut dedere aut iudicare* es una premisa que no tiene atinencia con la conclusión que el magistrado se ve tentado a sostener (un sistema regional de imprescriptibilidad) pero que finalmente no lo hace por existir el art. 36, quinto párrafo, CN.

b. El punto VII. del voto titulado "Hermenéutica del artículo 36 de la Constitución Nacional"

⁴"Convención sobre desaparición forzada de personas" (ley 24.556) y "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" (ley 24.584).

El Juez Schiffrin fundamentó de manera aparente la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en el art. 36 CN, tercer y quinto párrafo.

Por una cuestión de claridad expositiva corresponde transcribir el artículo entero:

“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este art..

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

b.i. Interpretación errónea de la Constitución Nacional

Schiffrin consideró que el art. 36 CN es una continuación del art. 29 CN⁵ y le asignó al delito previsto en este último el carácter de imprescriptible. Sin embargo, la Constitución no autoriza esta lectura.

En este sentido, el art. 29 CN se inserta en la Primera Parte, Capítulo Primero, “Declaraciones, Derechos y Garantías” y prevé como consecuencias jurídicas la nulidad insanable de los actos resultantes de ese delito constitucional y la sujeción a quienes los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria. Sanción esta última que remite al art. 119 CN que describe el delito constitucional de traición a la Patria cuya pena el Congreso fijará por ley especial. De ninguno de estos artículos se desprende que la acción penal sea imprescriptible.

La CN únicamente alude a la imprescriptibilidad en su art. 36 que figura en la Primera Parte, Capítulo Segundo, “Nuevos derechos y Garantías” y se aplica sólo a los hechos ilícitos previstos en el primer párrafo del art. 36 CN (la interrupción de la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y la vida democrática) y en el tercer párrafo (quienes como consecuencia de los actos

⁵ “Artículo 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacías* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”

contemplados en el primer párrafo usurpan funciones previstas para las autoridades de la Constitución o las de las provincias)⁶.

Respecto del citado art. 36, el magistrado expuso que los tres primeros párrafos continúan en el quinto ya que el cuarto párrafo contiene el “delito” de resistencia contra los actos de fuerza, lo que, dicho sea de paso, es una afirmación por completo errónea ya que la Constitución habla del “derecho” de resistencia de los ciudadanos contra esos actos. El ejercicio de un derecho jamás puede ser un delito.

b.ii. Violación de la regla de prohibición de analogía *in malam partem*

El magistrado extendió en forma indebida la imprescriptibilidad a la conducta del quinto párrafo (“...quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento...”) con sustento en que el hecho allí descrito atenta “asimismo” contra el sistema democrático. Su razonamiento supone transgredir la regla elemental de interpretación de la ley penal que prohíbe la analogía *in malam partem* que se extrae de la fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* receptada en la CN⁷, pues el quinto párrafo se limita a enunciar como exclusiva consecuencia jurídica a nivel constitucional una inhabilitación para ejercer el cargo o función pública por el tiempo que determine la ley.

La analogía requiere, por un lado, una semejanza que se verifica en que las conductas del primer, tercer y quinto párrafo atentan contra el sistema democrático y, por el otro, una diferencia que se verifica en que el quinto párrafo guarda silencio sobre el carácter prescriptible o no prescriptible de la conducta allí descrita a

⁶Cuenta Nino en relación a las medidas tomadas contras los crímenes cometidos entre 1976-1983 en Argentina que “Tan pronto como Alfonsín fue elegido, comenzó a articular parámetros para lo que debía hacerse... Alfonsín también impuso metas más lejanas con la esperanza de institucionalizar mecanismos jurídicos diseñados para prevenir la violación futura de derechos humanos” (Nino, 1997: 111). Tal esperanza se materializó, entre otros mecanismos, en la Ley de Defensa de la Democracia (B.O. 27-8-84). Esta ley modificó el acápite del capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal reemplazando la expresión “rebelión” por la de “atentados al orden constitucional y a la vida democrática”, reformó el art. 226 e incluyó el art. 227 bis CP ubicados dentro de aquel capítulo. Así también incorporó al Art. 67 CP el siguiente párrafo “El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional”. Diez años después la reforma constitucional de 1994 incluyó las hipótesis de los arts. 226 y 227 bis en el art. 36, 1er y 3er párrafo, CN y sólo a los hechos asociados a un golpe de estado decidió la nueva Constitución aplicarles la imprescriptibilidad de las acciones civiles y penales, y no a los hechos de corrupción del quinto párrafo que la norma no los conecta con el establecimiento de un gobierno de facto.

Viene a la ocasión mencionar que se da un supuesto de incoherencia entre, por un lado, el art. 67 CP que a la fecha continúa previendo la suspensión de plazo de prescripción y, por el otro, el art. 36, primer y tercer párrafo CP, que ante los mismos casos contempla la imprescriptibilidad, coexistiendo en el sistema jurídico dos soluciones distintas para el mismo supuesto legal (Nino, 1995:273 a 279). Problema que queda solucionado por las reglas dogmáticas de ley superior deroga ley inferior (art. 31 CN) que hace prevalecer la regulación constitucional sobre la del Código Penal y en virtud de la regla de ley posterior deroga ley anterior ya que la reforma constitucional de 1994 es posterior a la Ley de Defensa de la Democracia.

⁷ La prohibición de analogía de la ley penal aparece regulada expresamente en los Códigos Procesales. Así el Código Procesal Penal de la Nación en su art. 2 *in fine* regula “Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía”.

diferencia del primer y tercer párrafo. Completar ese silencio en perjuicio del imputado es violar el principio de legalidad (art. 18 CN).

Llevando la línea argumental al absurdo se podría afirmar que todo homicidio es imprescriptible porque al igual que el genocidio atenta asimismo contra la vida y al ser el genocidio imprescriptible, por lo tanto, el homicidio también lo es. Razonamiento inválido para el derecho penal.

En tal sentido, Hans Heinrich Jeschek afirma que:

“La función de garantía de la ley penal en su faceta de prohibición de la analogía comprende todos los elementos del precepto penal que determinan su contenido de merecimiento de pena y la consecuencia jurídica, es decir, los elementos del tipo de injusto y de la culpabilidad, las causas penales de exclusión y anulación de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las sanciones ... pero no los requisitos de procedibilidad (v.g. la querella). Los preceptos de la Parte General, siempre que contengan una regulación que afecte directamente al contenido de merecimiento de pena de una norma, vinculan asimismo al juez, de modo que no cabe apartarse de aquellos en perjuicio del acusado...” [Jeschek, 1993:101].

Para este autor “el indulto, la amnistía y la prescripción de la persecución penal ofrecen una doble naturaleza: constituyen tanto causas de anulación de pena como obstáculos procesales” [Jeschek, 1993:502]. Al ser, entonces, la prescripción de la acción penal una causa de anulación de la pena queda, por ende, abarcada por la prohibición de analogía⁸.

El artículo 18 CN estatuye que “Nadie puede ser penado sin juicio previo... fundado en ley anterior al hecho del proceso.”

La pena legal no es sólo la especie y la cantidad de sanción, sino también la modalidad de ejecución, el tiempo que el Estado o el particular tienen para perseguir un delito y obtener una condena (prescripción de la acción), el tiempo para hacerla efectiva una vez que la condena se ha impuesto y se encuentra firme (prescripción de la pena), su eventual indulto, conmutación y amnistía, entre otros aspectos.

Cabe recordar que la Corte Suprema en “Mirás” (Fallos 287:76) expresamente dijo que el concepto de ley penal “comprende no sólo el precepto, la noción de delito y culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (Considerando 7°)⁹.

⁸ Nuñez aplicó la regla de la prohibición de analogía para rechazar la tesis de la acumulación de los plazos de prescripción en los casos de concurso real de delitos (defendida por Soler) y sostuvo la teoría del paralelismo. Discusión que tuvo sentido hasta la sanción de la ley 25.990 que consagró a la última de esas posiciones. Dijo Nuñez “La tesis del paralelismo es la dominante y es la correcta de *lege lata*. El art. 55... es una regla cuyo objeto es la aplicación de la pena. Utilizarla para regular una institución cuya finalidad es la impunidad, significa extender la ley penal en contra del imputado y violar, así, el principio *nulla poena sine lege poenali*...” [Nuñez, 2009: 219].

⁹ En este fallo, el recurrente pretendía la aplicación de una ley posterior al hecho que suspendía el curso de la prescripción. El Máximo Tribunal recordó que la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor que impliquen empeorar las condiciones de los encausados.

b.iii. El método de interpretación histórico del art. 36 CN no avala la posición del Dr. Schiffrin

Los dichos de tres convencionales constituyentes en los que el Dr. Schiffrin intentó apoyar su posición no la avalan.

A saber, Cafiero destacó la novedad del art. 36 CN porque equiparó la corrupción con un delito que atenta contra el sistema democrático, el cual determina una inhabilitación por el tiempo que las leyes fijen, e indicó que el Congreso sancione una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Rosatti ponderó la cláusula sobre la ética y expresó que la corrupción agravia al sistema democrático.

Porta manifestó que le hubiese gustado una condena más concreta y completa de la corrupción, habló del mal de ese fenómeno y dijo que como una vez se tuvo razón para instaurar el art. 29 CN se debe enfrentar ese cáncer de la sociedad.

Ninguno refirió a la imprescriptibilidad. La circunstancia de que según ellos la corrupción afecte el sistema democrático es algo que surge de la propia Constitución con la palabra “asimismo” pero ello no autoriza a extenderle el carácter de imprescriptible a los hechos del quinto párrafo.

b.iv. La lectura sistemática del art. 36 CN muestra las incoherencias de la posición del Dr. Schiffrin

Como razón adicional, el intérprete debe detenerse en la pena inhabilitación fijada en el art. 36, tercer párrafo, CN para los delitos de interrupción de observancia de Constitución y la consecuente usurpación de funciones públicas, y comparar esa sanción con la pena de inhabilitación fijada para la acción del quinto párrafo consistente en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento.

De esa comparación se extrae que en el tercer párrafo, que prevé la famosa imprescriptibilidad, la pena de inhabilitación es perpetua, mientras que en el quinto párrafo en el que no hay mención alguna sobre la prescripción, la pena de inhabilitación queda librada en su duración a lo que establezca una ley del Congreso.

Lo expuesto evidencia que para la Constitución, la conducta del quinto párrafo reviste menor gravedad y, por lo tanto, es más que razonable que no se le haya otorgado a la acción penal ni a la civil el carácter de imprescriptible.

Si le diesemos la razón al magistrado de que el quinto párrafo es una continuación del primero y del tercero, esto nos llevaría a consecuencias incoherentes, pues la Constitución contempla para los delitos de golpe de Estado y la usurpación de funciones la sanción del art. 29 CN que es la de los traidores de la Patria (art. 119 CN). Entonces los hechos del quinto párrafo no sólo serían imprescriptibles sino que también deberían merecer, por consiguiente, esa pena (y ser excluidos del indulto y de la conmutación).

La sanción del delito de traición (art. 119 CN) fue fijada por el Congreso en el art. 214 de Código Penal según el cual “Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión y prisión perpetua en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua...”.

De modo que si alguien comete una defraudación al fisco (art. 174 inc. 5 CP) que cumpla con las características del art. 36 CN, quinto párrafo, la pena de aquel delito que es de 2 a 6 años de prisión, debiera considerarse borrada y sustituida por la del art. 214 CP. Lo que es abiertamente absurdo y violatorio del principio de legalidad (art. 18 CN).

b.v. Generalizaciones infundadas sobre los delitos constitucionales

El Juez citó Germán Bidart Campos y aseveró que los delitos constitucionales, una vez dotados de sanción por el Congreso no son pasibles de amnistía ni de indulto y le agregó de su propio acervo: “rasgos que son consecuencia de la imprescriptibilidad de los delitos constitucionales, y, más aún de los delitos de lesa humanidad”.

Ahora bien, los delitos constitucionales expresamente excluidos del indulto y la conmutación (y no de la amnistía) son los previstos en el art. 36 CN, primer y tercer párrafo.

La acotación del Dr. Schiffrin relativa a que la inaplicabilidad del indulto y la amnistía derivan del carácter imprescriptible de los ilícitos constitucionales no tiene apoyo en la Constitución Nacional. Ni el delito de compraventa de personas (art. 16 CN), ni el de sedición (art. 22 CN), ni el de traición a la patria (art. 119 CN) contienen mención alguna sobre su imprescriptibilidad. Tampoco son imprescriptibles los graves delitos dolosos contra el Estado que conlleve enriquecimiento (art. 36, quinto párrafo, CN).

Finalmente, la asimilación que el Dr. Schiffrin hace entre los delitos constitucionales y los de lesa humanidad en cuanto a sus consecuencias jurídicas (la imprescriptibilidad y la inaplicabilidad de indulto y de la amnistía) resulta una afirmación dogmática sin la debida fundamentación.

c. El punto VIII. del voto titulado “La recepción en el campo de la ley ordinaria de los delitos constitucionales que nos ocupan”

Schiffrin consideró que con relación al grave delito doloso contra el Estado que conlleva enriquecimiento (art. 36, quinto párrafo, CN), las figuras delictivas asociadas a esa cláusula constitucional ya se encontraban en el Código Penal cuando fue sancionada la reforma constitucional de 1994, en los arts. 256 a 268 CP.

Aclaró que el art. 36 CN no se refiere a cualquier delito de corrupción sino a los de carácter grave y que son diversos los factores que, según los casos, permiten calificarlo así, como ser la severidad de las penas, el daño ocasionado y un conjunto de circunstancias que indica la autora Volosin que el magistrado había citado antes en su voto. Estimó que la recepción en el Código Penal de aquellos delitos significó el acatamiento de la CICC.

c.i. El voto omitió mencionar la ley 25.188

El Dr. Schiffrin omitió toda referencia a una norma esencial que es la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (B.O. 1/11/1999) que fue posterior a la adopción de la CICC y sancionada en cumplimiento del art. 36, sexto párrafo, CN que manda al Congreso dictar una ley de ética pública.

En su Capítulo IX, la ley 25.188 reformó el Código Penal¹⁰ y realizó una adecuada tipificación de los hechos y de la inhabilitación a la que alude el art. 36, quinto párrafo, CN. Esta ley, asimismo, reguló sobre la prescripción de los ilícitos penales cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de la función. Así es que modificó el art. 67 CP¹¹ en sus párrafos segundo y quinto. Conforme al segundo párrafo reformado, la prescripción se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

En consecuencia, la no consideración de la ley 25.188 le permitió al magistrado afirmar la supuesta imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

Dicha ley prueba que el Congreso de la Nación reglamentó el art. 36, quinto y sexto párrafo, CN optando por establecer una causal de suspensión del curso de la prescripción y no la imprescriptibilidad.

c.ii. Utilización del art. 36 CN como una suerte de agravante genérica de imprescriptibilidad y con los vicios de un tipo penal abierto

El Juez utilizó el art. 36, quinto párrafo, CN como una suerte de agravante genérica al estilo de los Arts. 41 bis, quater y quinquies del Código Penal. Es decir, verificada alguna de las figuras delictivas previstas en los arts. 256 a 268 CP (que el magistrado calificó como delitos de corrupción), si concurren además las condiciones normativas de “grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”, el hecho delictivo pasa a ser imprescriptible.

Y si se es coherente con el pensamiento del Dr. Schiffrin debiera aplicarse, según esta agravante genérica, también la pena de traidores de la Patria y la improcedencia del indulto y la conmutación. Solución reprochable a la que se arriba - como se viera- luego de interpretar analógicamente *in malam partem* y de manera incoherente el art. 36 CN y omitiendo una parcela del derecho positivo constituido por la ley 25.188 que contempló la suspensión de la prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos y sus partícipes y no la imprescriptibilidad.

¹⁰ Del Libro Primero modificó los arts. 23, 29, 30, 67. En el Libro Segundo previó como nueva rúbrica del capítulo VI, título XI del Libro Segundo “Cohecho y tráfico de influencias”, modificó los arts. 256, 257, 258, 265 y 268 (2) e incorporó los arts. 256 bis, 258 bis y 268 (3).

¹¹ El legislador tuvo la posibilidad mediante esta ley de derogar el tercer párrafo del art. 67 CP relativo a la suspensión de la prescripción en caso de comisión de los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis hasta el restablecimiento del orden constitucional, y solucionar la incoherencia expuesta en la nota 6 última parte.

Esta agravante genérica contendría una fórmula excesivamente vaga como lo es la frase "...grave delito doloso..." y esta amplitud del lenguaje equivaldría a un cheque en blanco otorgado a los magistrados para ser completado según los intereses políticos, morales, ideológicos o personales. Por lo que esta agravante tendría el vicio de los tipos penales abiertos que son inconstitucionales por afectar el principio de estricta legalidad (art. 18 CN y 9 CADH) y ser contrarios a un modelo político criminal liberal.

Es inadmisibles que la Constitución postule el *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* y al mismo tiempo otorgue a los Jueces un comodín de persecución política para que transformen en imprescriptibles aquellos delitos de corrupción que juzguen "graves"¹².

c.iii. Violación de la máxima kantiana

Al finalizar su voto, el Juez dijo que "proclamar el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción significa lanzar a la sociedad un desafío moral, algo que sirva para sacudir la inercia que la carcome".

Esta proclama del magistrado muestra que utiliza en forma explícita un caso judicial que involucra el juzgamiento y eventual punición de sus imputados como medio para mandar un mensaje políticamente correcto a la sociedad, proceder que afecta la siguiente máxima kantiana:

"...jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real... El malhechor deber ser juzgado *digno de castigo* o antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos" [Kant, 2015:144].

c.iv. Desajuste entre los considerandos del voto y su parte resolutive

Dentro de la parte resolutive el Dr. Shiffrin se expresa "declarando la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en el derecho argentino" lo que no se ajusta con lo que había dicho el mismo Juez en sus considerandos: "El art. 36 no se refiere a cualquier delito de corrupción sino a los de carácter grave...". Por lo que la parte resolutive o conclusión tiene una extensión más amplia que sus fundamentos o premisas lo que demuestra un vicio lógico. Por lo demás, el tenor de la frase da la impresión más de un acto legislativo que de una fallo judicial.

3. Voto del Dr. Álvarez

En el voto de este camarista se consigna con detalle el trámite de la causa con indicación de las fechas de los diferentes movimientos que tuvo, del cual se aprecia que los recursos de apelación quedaron en condiciones de ser resueltos el 7 de febrero de 2007, ingresando en primer término en la vocalía del Dr. Schifffrin y que

¹² "En realidad, ya Montesquieu había observado que para que un gobierno degenera en despotismo, basta que el crimen de lesa majestad sea vago. *L'esprit des lois*, cap. VII, lib. XII..." [SOLER, 1987:15].

las actuaciones llegaron el 6 de abril de 2016 a la vocalía del Dr. Álvarez para emitirse el segundo voto.

El magistrado expuso que en atención a la propuesta del Juez anterior entendía necesario analizar previamente si efectivamente la acción se encontraba extinguida como lo planteaban los apelantes.

Al igual que Schiffrin, el Dr. Álvarez calificó los hechos en el art. 256 bis CP.

En el punto VII. de su voto reseñó una causa conexa en la que obra una declaración según la cual en más de una Secretaría del Juzgado Federal donde tramitaron los amparos se liberaron fondos por encima de lo que era la regla. Argumentó que más allá de que el ex Juez titular de ese Juzgado había muerto y que por inacción del Fiscal nunca se encontró imputado, el plazo de prescripción estaba suspendido (Art. 67, segundo párrafo, CP según ley 25.188) toda vez que del análisis unificado e integral de la maniobra puede resultar que algún funcionario haya permanecido en su cargo. Consideró, por lo tanto, que el plazo de prescripción debe contarse a partir de la identificación de eventuales imputados y de la fecha en que hubieren cesado, si así fuere, en el ejercicio de su cargo.

Expresó que la interesante posición del Dr. Schiffrin si bien no debía descartarse no correspondía pronunciarse en virtud de lo dicho en el punto VII. de su voto.

3.1. Observaciones al voto del Dr. Álvarez

No es consistente afirmar que “no debe descartarse” la posición de Schiffrin respecto de la cual no se pronunció por haber entendido que está suspendida la prescripción.

Las tesis de Álvarez y Schiffrin son inconciliables y no subsidiarias.

Si se sostiene que la prescripción está suspendida estoy reconociendo que la acción penal prescribe, postura que es incompatible con una acción penal imprescriptible. Por ende, la posición del Álvarez “descarta” de plano el planteo de imprescriptibilidad.

4. Voto de la Dra. Calitri.

En un extenso voto con largas transcripciones de doctrina y documentos internacionales, la magistrada declaró la imprescriptibilidad de los hechos imputados.

Coincidió con el Dr. Schiffrin en justificar tal solución en el art. 36 CN, pero en forma adicional fundó la imprescriptibilidad en que los delitos de corrupción constituyen una violación a los derechos humanos y que los hechos de presunta corrupción investigados podrían configurar un delito de lesa humanidad.

Sobre la aparente fundamentación de la imprescriptibilidad en el art. 36 CN y que hace a la mayoría de fundamentos me remito a las críticas formuladas al voto del Dr. Schiffrin.

4.1. Observaciones al voto de la Dra. Calitri

a. La corrupción como violación a los derechos humanos.

Luego de discurrir en torno al art. 36 CN e invocar los dichos de dos convencionales constituyentes que había citado el Dr. Schiffrin, la Dra. Calitri expresa que similares términos han sido vertidos en la CCC.

A continuación, transcribió íntegramente el preámbulo de esa convención que alude a la gravedad y amenazas de la corrupción para las sociedades democráticas y sus instituciones; a los vínculos entre la corrupción y determinadas formas de delincuencia; a que los activos provenientes de la corrupción pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados; a que ese fenómeno es un problema transnacional; a que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario y asistencia técnica para prevenir y combatir la corrupción; a lo nocivo que puede ser el enriquecimiento personal; a la decisión de establecer una política criminal eficaz sobre las transferencias internacionales de activos obtenidos ilícitamente; a la cooperación internacional, entre otras cuestiones.

Acto seguido concluyó:

“Es decir... la corrupción debe ser considerada como... una violación a los derechos humanos. Ello, en términos de la Organización de Estados Americanos, en cuanto ha dispuesto que la corrupción... “afecta a los ciudadanos económicamente. El combate a la corrupción es un aspecto clave en el ejercicio democrático del poder, requerido bajo la Carta Democrática Interamericana, y por ende es un asunto prioritario para todos los Estados Miembros...” - lo subrayado me pertenece -.

a.i. Inexistencia del delito único de corrupción. Falacia de accidente inverso.

El enunciado de que la corrupción es una violación a los derechos humanos es una pura declamación que encierra lenguaje emotivo y que genera una inclinación psicológica en el lector pero que adolece de una inconsistencia lógica.

La corrupción en sí no es ningún delito. No existe un delito genérico de corrupción. Sí existen, en cambio, específicas y diversas figuras delictivas a las que se denomina como delitos de corrupción. Sin embargo, habrá que ver caso por caso si los hechos configurativos de esos ilícitos lesionan o no un derecho humano y en su caso cuál en concreto de los expresamente contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con qué entidad.

Aquel enunciado, asimismo, configura la falacia de accidente inverso o generalización apresurada según la cual “Al tratar de comprender y caracterizar todos los casos de cierta especie, podemos prestar atención sólo a algunos de ellos...” [COPI, 2010:93]. En efecto, la Dra. Calitri con el objeto de aducir una lesión a los derechos humanos quiso caracterizar a los actos de corrupción según los casos más graves de esta problemática que surgen del preámbulo de la CCC y con apoyo en las expresiones de la OEA, sin tener en cuenta que no todos los supuestos de corrupción tienen esos alcances.

a.ii. La supuesta imprescriptibilidad. Laxitud en la utilización de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte nacional.

Partiendo de que la corrupción viola los derechos humanos, sostuvo la no procedencia de la prescripción con apoyó en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (adelante CortelDH) dictadas el 18-9-2003 en “Bulacio vs. Argentina” y el 11-5-2007 en “Bueno Alves vs. Argentina”, así como los respectivos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que acató lo decidido por aquel Tribunal Internacional.

En concreto, tomó de esos pronunciamientos de la CortelDH la circunstancia de que se había declarado la responsabilidad de nuestro Estado por la defectuosa investigación y tramitación de los expedientes y que consecuentemente eran inaplicables las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno que impidan la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos.

Debe recordarse que en “Bulacio” los hechos dieron cuenta de la privación ilegítima de la libertad y torturas seguida de muerte de un joven y en “Bueno Alves” se habían cometido torturas. Supuestos fácticos diferentes al de un trato privilegiado otorgado a ciertos amparistas en la ciudad de La Plata frente a lo cual la magistrada no logró demostrar de qué manera - a pesar de tratarse de hechos distintos- los precedentes resultaban aplicables al caso en análisis.

Por otra parte, la Corte Suprema en “Bulacio” (*Fallos* 327:5668) al cumplir con lo decidido por la CortelDH dejó asentado, con la mayoría conformada por los Dres. Petracchi y Zaffaroni¹³, sus serias reservas al fallo del Tribunal Internacional en torno a la no aplicabilidad de las disposiciones de prescripción en el derecho interno y la continuidad de las investigaciones, pero que debió acatar para ese caso particular por existir una sentencia de aquella instancia internacional.

Así, en el considerando 12 se lee que la Corte Suprema no compartió el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución de la CortelDH debido a que eran los órganos estatales los encargados de asegurar que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas y que no corresponde hacer recaer sobre el imputado la infracción de ese deber por desidia judicial o por la actividad imprudente de letrado defensor.

En el considerando 14, estimó que la CortelDH decidió la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a una decisión del proceso en un plazo razonable (íntimamente relacionado con la prescripción) a través de su subordinación a los derechos del acusador con fundamento en la violación a los

¹³ En el análisis documental del fallo extraído de la propia página de la Corte nacional figura textualmente: “Votos: Mayoría: Petracchi, Zaffaroni. (Mayoría) - Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Highton de Nolasco. (Voto) - Lorenzetti. (Abstención)” <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>. La mayoría en este fallo constituye un caso muy particular, ya que cinco magistrados votaron según sus propios fundamentos y existió acuerdo de fundamentos sólo en dos jueces.

derechos humanos, lo que puede bastar para declarar la responsabilidad internacional del Estado pero no para especificar las restricciones a los derechos de los individuos imputados.

En el considerando 15, puso de resalto que la limitación a los derechos del imputado fue producto de un procedimiento de derecho internacional en el que aquel no había sido parte, a lo que se sumó que la declaración de responsabilidad del Estado argentino lo fue mediante un procedimiento formal desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal.

Por último, en el considerando 16, dijo que con la decisión internacional “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional... restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana”.

Estas reservas deben ser interpretadas como una limitación a todo eventual uso indiscriminado de lo decidido por la CortelDH en “Bulacio” y “Bueno Alves”.

Si para la Jueza el trámite del expediente sometido a su decisión contó con irregularidades debiendo continuar y ampliarse la investigación, tuvo los mecanismos legales en el Código Penal para evitar la prescripción: la suspensión del curso de la prescripción en los casos que haya intervenido un funcionario público (art. 67 CP) - tal cual lo hizo el Dr. Álvarez-, en lugar de recurrir de manera inadecuada a lo decidido por la CortelDH y nuestra Corte nacional, creando por vía pretoriana la categoría de delitos comunes imprescriptibles, lo que se contrapone con el principio de legalidad (art. 18 CN).

b. El desacierto de calificar la corrupción como un delito de lesa humanidad. Falacia de accidente.

La Dra. Calitri postuló en su voto encuadrar el delito de corrupción como un delito de lesa humanidad.

Entendió que ello podría configurarse cuando el Estado a través de la comisión sistemática y reiterada de actos de corrupción produzca serias violaciones a los derechos humanos como la vida, la propiedad y la dignidad de los personas en su totalidad.

En su plan expositivo intentó justificar que la corrupción es un crimen internacional con sostén en resoluciones de la Asamblea General de la ONU, informes y trabajos de esa organización internacional y tratados multilaterales destinados a prevenir y combatir la corrupción.

Como paso siguiente, se ocupó de caracterizar al crimen contra la humanidad, en términos generales, como aquel consistente en un ataque generalizado o sistemático, de acuerdo a una política o tolerancia estatal, y dirigido contra una población civil.

Valoró que el acto de corrupción de Estado podría ser incluido dentro de los “otros actos inhumanos” que enuncia el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su art. 7.1.k.

Consideró esencial determinar si el caso investigado reunía las exigencias fijadas por la comunidad internacional para los delitos de lesa humanidad que antes expuso.

Reconoció que en el asunto que debe fallar, la respuesta depende de una mejor investigación. Pero a favor de la inclusión de los hechos en la categoría de delitos de lesa humanidad intentó justificar el carácter inhumano del siguiente modo:

“se planeó el robo sistemático de ahorros ajenos a manos del más alto nivel estatal posible, por un integrante del Poder Judicial de la Nación (en connivencia con abogados), con la tolerancia y acaso con la participación de otro de los poderes, en la persona de un Fiscal, valiéndose de la desesperación de los litigantes –en buena parte de los casos fundada en razones de edad y de salud– por recuperar su dinero –injustamente atrapado por cierto–. Los litigantes habrían sido sometidos a un método extorsivo, por parte de funcionarios que utilizaban un cargo público para conseguir beneficios privados y cobrar su sueldo con el dinero que aquéllos –y todo los ciudadanos– aportaban con el pago de sus impuestos.”

b.i. Errónea apreciación del Estatuto de Roma. Falacia de accidente.

La Jueza utilizó el art. 7 del Estatuto de Roma a pesar de que el caso y sus circunstancias particulares no encuadran en la norma. Lo cual constituye una errónea aplicación del Estatuto y una falacia de accidente¹⁴.

El mencionado art. 7 en su encabezado expresa: “... se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:” y el inciso 1.k. menciona a “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

Recordadas estas disposiciones, es el inciso 2.a. del art. 7 del Estatuto que al hacer una interpretación auténtica evidencia lo desacertado del razonamiento de la Dra Calitri. Textualmente expresa este inciso que “Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política” -el subrayado es de quien cita- .

La flagrante ausencia de una política de Estado en este caso concreto hace de por sí inaplicable la categorización de delito de lesa humanidad. Ello, sin necesidad de ingresar a analizar si los hechos bajo análisis realmente son un acto inhumano similar al asesinato; al exterminio; a la esclavitud; a la deportación o traslado forzoso de población; a la encarcelación u otra privación grave de la libertad física: a la

¹⁴Esta falacia “Consiste en aplicar una regla general a un caso particular cuyas circunstancias “accidentales” hacen inaplicable la regla... en su forma más seria caen a menudo en la falacia de accidente los moralistas y legalistas...” [COPI, 2010:92].

tortura; a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada u otro abuso sexual comparable; a la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional en conexión con un delito de competencia de la Corte Penal Internacional; a la desaparición forzada de personas; y a el apartheid. Similitud que no se vislumbra (arg. art. 7 Estatuto de Roma).

III. El fallo de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV

1. Lo planteado y lo decidido. La intervención de la Corte Suprema.

En esta causa cuyo objeto procesal está constituido por la millonaria defraudación en perjuicio del Estado nacional descrita al comienzo de este artículo, la Fiscalía de Casación y la Oficina Anticorrupción (en adelante OA) interpusieron recursos de casación contra la decisión del Tribunal Oral Criminal Federal n° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que había declarado la prescripción de la acción penal nacida del delito con que se elevó la causa a juicio.

De la reseña que hizo el Dr. Borinsky (uno de los jueces votantes) del recurso deducido por la OA se desprende la cantidad de peticiones formuladas y trámites que tuvo la causa.

Se lee que “la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de la parte querellante fue planteada en al menos cuarenta y cinco... oportunidades, a lo largo de onces... años, abarcando la etapa de instrucción y la de juicio, con intervención del Juzgado, la Cámara de Apelaciones, el Tribunal Oral y esta Cámara Federal de Casación Penal.”

Entre otros agravios, los recurrentes plantearon que la prescripción no sólo se interrumpe con la providencia de citación a juicio, sino también con la resolución que fija la audiencia de debate ya que el art. 67, cuarto párrafo, inc. d. CP incluye ambas hipótesis al mencionar el “auto de citación a juicio o acto procesal equivalente”.

La OA, en su recurso, esgrimió que las cláusulas sobre la prescripción deben interpretarse en sintonía con las convenciones internacionales contra la corrupción que imponen el deber de enjuiciar a los presuntos responsables de esos delitos.

Los recursos obtuvieron un resultado favorable mediante resolución de la Sala IV del 7-12-2016, con voto de los Dres. Hornos y Gemignani por la mayoría, que fue objeto de impugnación y dejado sin efecto por decisión de la Corte Suprema del 12-6-2018.

El Máximo Tribunal se remitió al precedente “Eraso”¹⁵ sobre falta de mayoría de fundamentos. En concreto, el Dr. Hornos había hecho lugar a los recursos por considerar que la fijación de audiencia de debate interrumpe la prescripción, mientras que el Dr. Gemignani había fundamentado que no resulta aplicable la prescripción respecto de hechos en que intervienen funcionarios públicos.

¹⁵ Eraso Raúl Alfredo y otro c/ s/Causa n° 8264. E. 141. XLVI. RHE 18/12/2012.

La decisión de la Corte Suprema nacional motivó un nuevo pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal que es el que ahora se comenta.

En este segundo resolutorio, otra vez por mayoría de los Dres. Hornos y Gemignani, se decidió hacer lugar a los recursos de casación, revocar la decisión impugnada y remitir la causa al tribunal de origen para que en forma inmediata continuase con su sustanciación y se fijase audiencia de debate a la mayor brevedad posible.

2. Voto del Dr. Borinsky

Este magistrado, en apretada síntesis, con invocación del principio de legalidad (art. 18 CN) y el carácter taxativo de los actos de interrupción de la prescripción interpretó que el art. 67 cuarto párrafo inc. d) no abarca dentro de la locución “acto procesal equivalente” la fijación de fecha de debate, sino que esa parte de la norma fue contemplada por el legislador para incluir a las legislaciones procesales provinciales que no tienen un auto de citación a juicio.

Acerca de los principios que emanan de la CICC y CCC, juzgó el Dr. Borinsky que encuentran coto en la redacción de la norma aplicable al caso (art. 67 CP) y en los principios hermenéuticos que rigen su interpretación.

El magistrado no dejó de señalar las múltiples oportunidades en que la Sala IV había encomendado se celebre el debate oral y público.

3. Voto del Dr. Hornos.

El Dr. Hornos estimó que la regulación de la prescripción del Código Penal debe armonizarse con la Constitución Nacional, Tratados de Derechos Humanos y normas nacionales aplicables. Y que el derecho penal para el cumplimiento de sus fines de contribuir al orden jurídico y a la preservación de la paz pública debe ser compatible con la Constitución. Consideró que dentro de ese límite, la resolución de conflictos de creciente complejidad, como las relaciones humanas, requiere que el orden legal tome en cuenta los valores y las nuevas necesidades del individuo y de la sociedad integrándose a esta evolución armónica y creativa.

A continuación transcribió el art. 36 CN y citó a Bidart Campos sobre los delitos constitucionales. Explicó el magistrado que el art. 36 CN contiene tres tipos penales. Dijo que respecto de la tipificación del delito constitucional contenido en el quinto párrafo, diversos capítulos del Código Penal del Título XI (Delitos contra la Administración Pública) y el art. 173 inc. 7° CP (cuando se trata de la administración pública) receptan en sus figuras los delitos dolosos cometidos contra el Estado que conlleva en ciertos casos enriquecimiento. Sobre el adjetivo “grave” del art. 36, quinto párrafo, CN manifestó que refiere a maniobras que por su complejidad, daño y extensión pueden socavar las instituciones o los valores de la democracia. Por lo tanto, concluyó que los graves casos de corrupción constituyen un delito de carácter constitucional.

Realizó el mismo razonamiento del Dr. Schiffrin, esto es, que la palabra “asimismo” justificaba aplicar la imprescriptibilidad a los delitos del quinto párrafo.

Argumentó sobre la real dimensión de los graves hechos de corrupción que ponen en crisis la institucionalidad y el Estado de Derecho, y sobre las investigaciones de esta clase de ilícitos con efectos insidiosos que trascienden a la sociedad en su conjunto. Aseveró que estos delitos afectan también el orden económico y financiero. Por ello, el trato penal es más riguroso.

Adujo que es esencial la consolidación de los mecanismos para investigarlos y reprimirlos.

Desde la teoría tripartita del derecho, opinó que resulta fundamental la ponderación de la dimensión axiológica, en particular, los valores de justicia y paz en libertad de acuerdo al preámbulo de la Constitución.

Concibió que su posición es la que mayor operatividad otorga a los compromisos asumidos por el Estado nacional en el orden internacional, y que desde una mirada dinámica y flexible se justifica su interpretación del art. 36 CN.

Al analizar la imputación concreta expuso que se configuró una emblemática maniobra de corrupción, de criminalidad económica organizada con vínculos entre particulares y funcionarios públicos, con un perjuicio millonario para las arcas del Estado y en beneficio de particulares, indudablemente grave y con alto impacto en el sistema democrático y el orden constitucional, encontrándose involucrado el órgano federal encargado de la recaudación de tributos.

3.1. Observaciones al voto del Dr. Hornos

a. Remisión a las críticas formuladas al voto del Dr. Schiffrin

Este magistrado, en lo sustancial, siguió la misma tesitura del Dr. Schiffrin sobre el art. 36 CN por lo que le son aplicables las críticas formuladas previamente al voto del entonces camarista platense.

b. La alegada adecuación de la ley a las nuevas necesidades

El Dr. Hornos, como nota adicional, pretendió sustentar su postura en argumentos que se corresponden con una interpretación progresiva del art. 36 CN, v.g., cuando hace mención de la creciente complejidad de los conflictos y de la necesidad del orden jurídico de adecuarse a las nuevas necesidades del hombre y de la sociedad, a su evolución armónica y creativa; o, p.ej., cuando expresa que una mirada dinámica y flexible justifica su interpretación del Art. 36 CN.

Tal método de interpretación puede ser válido para la dogmática si es aplicado correctamente sin asumir el Juez una función libre y creadora y respetando reglas específicas como la de prohibición de analogía que el Dr. Hornos infringió al igual que el Dr. Schiffrin al extender la imprescriptibilidad prevista para los delitos del primer y tercer párrafo del art. 36 CN al caso del quinto párrafo.

Se le pueden formular al Dr. Hornos las mismas críticas que Sebastián Soler le hizo en su momento y hace tiempo a Edmund Mezger:

“Mezger define la interpretación como adecuación de la ley a las necesidades del presente... Por eso llega a reconocer una exagerada intromisión de valores sociológicos prejurídicos... en la interpretación, para concluir en la máxima imprecisión... Negamos, pues la llamada interpretación libre; aceptamos la que puede llamarse, si se quiere, progresiva; pero libre de ese recargo sociológico que suele acompañarla, y más bien en el sentido de interpretación sistemática actual...” [Soler, 1987:184 a 185]

c. Cita doctrinaria incompatible con la conclusión que se quiere demostrar

Por su parte, la cita que hizo de Germán Bidart Campos es incompatible con lo que el Dr. Hornos quiso demostrar sobre el quinto párrafo del art. 36 CN.

La primera parte de esa cita establece:

“[I]os principales problemas que plantean los delitos constitucionales son los siguientes: a) para no burlar la supremacía de la constitución, el congreso tiene obligación de adjudicar la pena; b) cuando lo hace –sea en el código penal, sea en la ley especial- no puede alterar ni modificar el tipo penal descrito en las normas de la constitución...”. -el subrayado me pertenece-.

Ahora bien, el Dr. Hornos dijo que el art. 36 tiene tres tipos penales, entre los que incluye el quinto párrafo. Sin embargo, el quinto párrafo no contiene ninguna figura delictiva en particular sino que habla de “delito doloso” rodeado de ciertas características que le atañe al Congreso precisar en tipos penales fijando la respectiva inhabilitación y que lo hizo mediante ley 25.188, como se vio.

Si fuese un tipo penal constitucional inalterable, según la caracterización de Bidart Campos, el legislador no podría haberlo incluido en numerosas figuras delictivas contenidos en diversos títulos del Código Penal como lo indicó el Dr. Hornos.

Al igual que Schiffrin, utiliza -sin que se lo haya propuesto- el aludido quinto párrafo como una suerte de agravante genérica para un grupo de delitos.

d. Falacia de la ignoratio elenchi

Por último, el Dr. Hornos se expidió sobre la gravedad de los hechos de corrupción, su repercusiones, la entidad de las investigaciones de este tipo de hechos, y el mejor cumplimiento de los compromisos internacionales, entre otros motivos para fundar su posición. Ninguno de ellos logra subsanar el silencio del quinto párrafo del art. 36 CN sobre la regulación de la prescripción y que se ha integrado analógicamente. La argumentación del Juez, por lo tanto, configura la falacia conocida como *ignoratio elenchi*:

“... se comete cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión particular es usado para probar una conclusión diferente... En un juicio, al tratar de probar que el acusado es culpable de asesinato, el fiscal acusador puede argumentar extensamente para demostrar que el asesinato es un horrible delito y lograr, efectivamente, probar esta conclusión. Pero, si de sus observaciones acerca de lo horrible que es el asesinato [en nuestro caso de lo horrible que es la corrupción], pretende inferir que el acusado es culpable de él [en nuestro supuesto que la acción penal es imprescriptible], comete la falacia de *ignoratio elenchi*. No siempre es obvio que una determinada argumentación constituye un ejemplo de *ignoratio elenchi*. Durante el transcurso de una

discusión prolongada **[o un extenso fallo]**, la fatiga puede originar falta de atención, con la consecuencia de que los errores y la poca atinencia de la conclusión con respecto de las premisas pueden pasar inadvertidos. Esta es una respuesta parcial... La parte que falta se relaciona con el hecho de que el lenguaje puede servir para despertar emociones, tanto como para comunicar información... si el fiscal acusador ha pintado un cuadro suficientemente conmovedor de lo horrible que es el asesinato **[de lo grave que es la corrupción]**, el jurado puede sentirse tan tocado, puede haberse despertado en sus miembros tanto horror y desaprobación, que dictarán fácilmente un veredicto de culpabilidad que si el fiscal hubiese probado “simplemente” que el acusado cometió el crimen.” [Copi,2010:97a 99] -lo intercalado entre corchetes y en negrita me corresponde-.

En resumen: la demostración de que la corrupción es una temática grave y con serias implicancias no agrega nada a la Constitución Nacional que en ningún momento dice que los hechos del quinto párrafo del art. 36 CN sean imprescriptibles.

4. Voto del Dr. Gemignani. ¿Nueva falta de mayoría de fundamentos?

Este Juez se remitió a lo que votara en la resolución dejada sin efecto por la Corte Suprema. Explicó que entre la posición del Dr. Hornos y la suya existe un punto de encuentro. En esta línea, pretendió justificar que si para él la acción penal nacida a raíz de la intervención delictiva de funcionarios públicos, cualquiera sea su gravedad, no prescribe, y el Dr. Hornos, por su parte, sostiene la imprescriptibilidad respecto de episodios en los que tomaron parte agentes estatales que configuran grave delito doloso contra el Estado que conlleva enriquecimiento, resulta que la postura restrictiva del Dr. Hornos se encuentra abarcada, dice Gemignani, por la más amplia propugnada por él.

El magistrado expuso nuevamente a la resolución jurisdiccional a un supuesto de falta de mayoría de fundamentos ya que si bien en los hechos de la causa (premisa menor del razonamiento jurídico) intervinieron funcionarios públicos, la norma del quinto párrafo del Art. 36 CN (premisa mayor del razonamiento jurídico utilizada por el Dr. Hornos) no hace alusión expresamente a ningún tipo de funcionario. Y, por lo tanto, en la fundamentación jurídica de la imprescriptibilidad no hay coincidencia del Dr. Gemignani con el Dr. Hornos.

IV. Conclusión final

Los fallos analizados exhiben cómo de distintas maneras se fuerza la letra de la ley y las doctrinas jurisprudenciales para transformar en imprescriptibles acciones penales que no lo son.

En esta línea, se ha apreciado la inobservancia o errónea aplicación de leyes y convenciones internacionales atinentes, la interpretación analógica *in malam partem* del art. 36, quinto párrafo, CN, su utilización como una agravante genérica con los vicios de un tipo penal abierto, las endeble posiciones de ver en los actos de corrupción una violación a los derechos humanos o un delito de lesa humanidad al efecto de arribar a la consecuencia de la imprescriptibilidad, y la afectación de las reglas de la lógica formal.

A su vez, las resoluciones analizadas dan cuenta de las pretensiones del Ministerio Público y de la OA que también propician interpretaciones extensivas de los actos interruptivos de la prescripción, y la postura aislada de un Juez que considera que los delitos en que intervienen funcionarios públicos no prescriben (voto del Dr. Gemignani).

A la par de estos excesos en la aplicación del derecho, los fallos muestran largos procesos en los que su dilación se ha explicado por la inactividad o deficiente actuación de los órganos estatales o por la cantidad de peticiones formuladas por los abogados.

Sin embargo, el riesgo de impunidad derivado de la prescripción de las acciones penales en casos sensibles, en manera alguna puede justificar la inobservancia de la fórmula *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Pues de lo contrario, se intenta remediar los defectos del sistema judicial en la persecución de los llamados delitos de corrupción con violación de las reglas constitucionales elementales que limitan el ejercicio de poder punitivo en respeto de la persona.

La paradoja está en que al quererse defender la institucionalidad y la democracia se lo haga afectando instituciones básicas que están en nuestra ley suprema desde el siglo XIX y que se remontan más atrás en la historia, como lo es el principio de legalidad¹⁶.

La lucha contra la corrupción mediante el sistema penal debe, por lo tanto, ajustarse a la ley previa, escrita y estricta más allá del disgusto que pueda acarrear en la opinión pública la aplicación del instituto de la prescripción¹⁷.

La observancia del principio de legalidad y su derivado de la prohibición de analogía trae aparejado mayores beneficios para los habitantes de nuestro país que los costos que habría que soportar derivados de su inobservancia.

¹⁶ Fue en el siglo XIII, en la Carta Magna concedida por Juan Sin Tierra donde aparece un primer atisbo del principio de legalidad y un límite a la analogía que junto al libre arbitrio judicial fueron expresiones de la falta de límites de la soberanía. Fue necesario que la modernidad colocara al hombre en el centro de escena, que aparecieran las ideas del racionalismo con su derecho natural como sistema condicionante de la legislación positiva y que la teoría del contractualismo fuera llevada al derecho penal por el marqués de Beccaria para que aquel principio adquiriera contornos más específicos. La teoría de la división de poderes, la igualdad ante la ley, el depósito de la voluntad popular en parlamentos, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios por el manejo de la cosa pública, el principio de inocencia, por mencionar algunos hitos, fueron fases de un complejo proceso social que justificaron y posibilitaron la consolidación del *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* que fue recogido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y luego en varias Constituciones, entre las que se encuentra la nuestra [Ouvina, 1965:549 a 552 y SOLER, 1987:167].

¹⁷ No ha sido casual la aparición de los dos fallos analizados en el contexto del discurso contra la corrupción utilizado políticamente por el actual gobierno (2015-2019). Y el hecho de que estuviese la diputada nacional Elisa Carrió (fundadora del partido Coalición Cívica ARI, integrante de la coalición política nacional Cambiemos) como *amicus curiae* en el trámite que precedió al dictado del fallo de la Cámara Federal de La Plata, solicitando la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

Así como el principio de inocencia y el beneficio de la duda parten de la idea de que es menos dañino tolerar la absolución de un delincuente que condenar a un inocente, la fórmula *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* puede provocar que algunos hechos escapen a la aplicación de la ley penal. Más grave para las libertades y derechos fundamentales de las personas sería dejar en manos de jueces la posibilidad de erigirse en legisladores para el caso concreto en materia penal.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRIÓ, Juan Francisco (2017). "Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción". (Abeledo-Perrot) *Jurisprudencia Argentina* (8 2017-I,22/02/2017), 24 a 34.
- COPI, Irving M. (2010). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Eudeba.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2016). "Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción: un fallo trascendente". (La Ley) Revista de Derecho Penal y Criminología (Año VI, Número 11, Diciembre 2016), 77 a 86.
- JESCHEK, Hans-Heinrich (1993). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Granada: Comares Editorial.
- KANT, Immanuel (2015). *Principios Metafísicos del Derecho*. Buenos Aires: Heliastata.
- MENVIELLE, María Concepción (2017). "Sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción" (Abeledo-Perrot) *Jurisprudencia Argentina* (13 2017-II, 28/06/2017), 47 a 53.
- NINO, Carlos S. (1995). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- NINO, Carlos S. (1997). *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé.
- NUÑEZ, Ricardo (2009). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (5ta. edición actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka). Córdoba: Lerner Editora SRL.
- OUVIÑA, Guillermo J (1965). "Nullum crimen nulla poena sine praevia lege" (Ed. Bibliográfica Argentina) *Enciclopedia Omeba* (Tomo XX), 549 a 552.
- SOLER, Sebastián (1987), *Derecho Penal Argentino* (5ta. edición actualizada por Guillermo J. Fierro. Tomo I). Buenos Aires: Tea.